Supplemento ordinario alla «Gazzetta Ufficiale» n. 85 del 28 marzo 1983

Spedizione in abbonamento postale - Gruppo I

GAZZETTA UFFICIALE

DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA Roma - Lunedì, 28 marzo 1983 SI PUBBLICA NEL POMERIGGIO DI TUTTI I GIORNI MENO I FESTIVI

DIREZIONE E REDAZIONE PRESSO IL MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA - UFFICIO PUBBLICAZIONE DELLE LEGGI E DECRETI - CENTRALINO 65101
AMMINISTRAZIONE PRESSO L'ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO - LIBRERIA DELLO STATO - PIAZZA G. VERDI, 10 - 00100 ROMA - CENTRALINO 85081

N. 14

MINISTERO DEI LAVORI PUBBLICI

CIRCOLARE 18 gennaio 1983, n. **210/31.**

Albo nazionale dei costruttori: attuazione delle leggi 13 settembre 1982, n. 646 e 23 dicembre 1982, n. 936, recanti disposizioni in materia di lotta alla delinquenza mafiosa.

CIRCOLARE 9 marzo 1983, n. **477/UL.**

Attuazione in materia di appalti pubblici delle nuove disposizioni in materia di lotta alla delinquenza mafiosa.

SOMMARIO

MINISTERO DEI LAVORI PUBBLICI

CIRCOLARI

MINISTERO DEI LAVORI PUBBLICI

CIRCOLARE 18 gennaio 1983, n. **210/31.**

Albo nazionale dei costruttori: attuazione delle leggi 13 settembre 1982, n. 646 e 23 dicembre 1982, n. 936, recanti disposizioni in materia di lotta alla delinquenza mafiosa.

Al presidente del comitato centrale per l'Albo nazionale dei costruttori

Al Magistrato alle acque - Provveditorato alle opere pubbliche per il Veneto

Ai provveditori regionali alle opere pubbliche

MODALITÀ DI ACCERTAMENTO DEI REQUISITI SOGGETTIVI E DOCUMENTAZIONE RICHIESTA

Com'è noto, l'introduzione nell'ordinamento giuridico della legge 13 settembre 1982, n. 646, recante disposizioni intese a prevenire e combattere il fenomeno mafioso, ha determinato talune perplessità in ordine alla sua concreta attuazione.

In particolare, con riferimento alla disciplina relativa all'Albo nazionale dei costruttori, si sono incontrate difficoltà per dare puntuale applicazione alla norma contenuta nell'art. 23, che stabilisce l'accertamento di specifici requisiti di carattere soggettivo, oltre quelli già richiamati dalle norme preesistenti in materia (art. 13 della legge n. 57, come successivamente sostituito dal'art. 28 della legge 3 gennaio 1978, n. 1).

L'accertamento da parte dei competenti Organi deliberanti del possesso degli ulteriori requisiti soggettivi, riveste la massima importanza sia per realizzare puntualmente le finalità della legge n. 646/1982, sia per il fatto che l'esistenza delle particolari situazioni indicate dalla norma in esame ha rilevanti conseguenze in tema di iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori.

In particolare, l'art. 23 della legge n. 646/1982 dispone che, nei confronti dei soggetti interessati alla iscrizione:

A) non debbono essere in corso procedimenti per l'applicazione di una delle misure di prevenzione, contemplate dall'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423:

a) sorveglianza speciale semplice della pubblica sicurezza;

b) divieto di soggiorno in uno o più Comuni od in una o più Province;

c) obbligo di soggiorno in un determinato Comune;

B) non deve ricorrere la seguente causa ostativa, prevista dalla norma di cui all'art. 19 della legge n. 646/1982: adozione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una delle misure di prevenzione sopra indicate.

La disposizione in parola prevede che l'esistenza delle situazioni indicate:

1) deve considerarsi ostativa per l'adozione dei provvedimenti di prima iscrizione;

2) rappresenta, per le imprese già inscritte, il presupposto giuridico per l'adozione:

del provvedimento cautelativo, costituito dalla sospensione della efficacia della iscrizione, per un periodo pari alla durata del processo di prevenzione;

del provvedimento sanzionatorio, costituito dalla cancellazione dall'Albo nazionale dei costruttori.

Questa Amministrazione, chiamata all'applicazione dell'art. 23 della legge n 646/1982, in particolare i comitati regionali ed il comitato centrale, si è trovata nella difficoltà di individuare con certezza il tipo di documentazione che l'interessato avrebbe dovuto produrre, per dimostrare il possesso degli specifici, nuovi requisiti soggettivi, nonchè l'autorità competente a fornire la relativa certificazione.

Ha inteso risolvere tale difficoltà la recente legge 23 dicembre 1982, n. 936, entrata in vigore il 29 dicembre 1982, recante integrazioni e modifiche alla legge 13 setembre 1982, n. 646.

In sostanza, la legge n. 936/1982, negli articoli 2 e 3, individua sia il soggetto competente ad effettuare gli indispensabili accertamenti di cui all'art. 23 della legge n. 646/1982, sia il soggetto al quale le relative informazioni debbono essere richieste.

L'art. 2 della legge n. 936/1982 dispone, infatti, che ai fini dei procedimenti amministrativi concernenti, fra l'altro, l'iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori, l'«ente pubblico competente» deve richiedere alla Prefettura nella cui circoscrizione gli atti vengono perfezionati, la necessaria certificazione, dalla quale deve risultare l'inesistenza di procedimenti in corso o dei provvedimenti definitivi relativi all'applicazione di una delle misure di prevenzione, contemplate dall'art. 3 della legge n. 1423/1956.

Occorre, al riguardo, precisare che il dettato dell'art. 2, nel riferirsi genericamente ai procedimenti amministrativi concernenti le «iscrizioni» nell'Albo nazionale dei costruttori, intende evidentemente disciplinare altresì tutte le «modifiche» di iscrizione per le quali gli accertamenti in parola siano indispensabili.

In secondo luogo, la norma in esame individua nell'«ente pubblico competente» il soggetto che si deve attivare per acquisire le necessarie informazioni.

Nella materia in questione, l'«ente pubblico competente» va individuato nei comitato regionali e nel comitato centrale, a seconda dei valori di rispettiva competenza (art. 7 della legge 10 dicembre 1981, n. 741).

Ne consegue che per le iscrizioni nell'Albo nazionale dei costruttori fino all'importo pari a lire 1,5 miliardi, sono i comitati regionali che, per il tramite delle rispettive Segreterie, debbono effettuare, presso le prefetture, gli accertamenti predisposti dalla legge antimafia, in quanto organi competenti a deliberare definitivamente nel merito della richiesta.

I successivi adempimenti da parte dell'ispettorato generale per l'Albo nazionale dei costruttori e per i contratti rivestono carattere meramente esecutivo, ai sensi dell'art. 6, sesto comma, della legge 10 febbraio 1962, n. 57.

Per le iscrizioni nei valori superiori, di competenza del comitato centrale, tali informazioni non debbono essere richieste dall'organo regionale, il quale esprime nei modi consueti il prescritto parere; il compito di effettuare gli accertamenti di cui sopra, presso la Prefettura di Roma, quale Prefettura nella cui circoscrizione gli atti si perfezionano, appartiene alla segreteria del comitato centrale.

Indipendentemente dall'importo di iscrizione richiesto, i soggetti interessati debbono fornire all'Organo deliberante la seguente ulteriore certificazione, agli espressi sensi dell'art. 2, ultimo comma, della legge n. 936/1982:

stato di famiglia,

certificato di residenza.

Entrambi questi documenti, in carta legale, debbono essere di data non anteriore a tre mesi rispetto alla data di richiesta di iscrizione o di modifica di iscrizione nell'Albo nazionale dei costruttori.

La predetta documentazione deve essere esibita:

dal titolare delle imprese individuali;

da coloro che detengono la rappresentanza legale, relativamente alle imprese costituite nella forma di società commerciali:

a) per tutti i soci, nella Società in nome collettivo;

b) per tutti i soci accomandatari, nella Società in accomandita semplice;

c) per tutti gli amministratori muniti di rappresentanza, nella Società a responsabilità limitata, Società per Azioni, nonchè cooperative e loro consorzio e consorzi tra imprese artigiane.

Analoga documentazione deve essere prodotta per le persone alle quali è affidata la direzione tecnica dell'impresa.

Una volta acquisita la certificazione prescritta dall'ultimo comma dell'art. 2 della legge n. 936/1982, i comitati regionali ed il comitato centrale, nell'espletamento dell'attività istruttoria, debbono immediatamente richiedere, per il tramite delle loro segreterie, rispettivamente, alla prefettura avente sede nel capoluogo di regione ed alla prefettura di Roma, le necessarie informazioni in ordine all'esistenza o meno del processo di prevenzione in corso ovvero di un provvedimento definitivo di prevenzione

PROVVEDIMENTI DI COMPETENZA DEL COMITATO CENTRALE CONSEGUENTI ALLA PENDENZA DEL PROCESSO DI PREVENZIONE ED ALLA APPLICAZIONE DELLE MISURE DI PREVENZIONE

In osservanza delle disposizioni in commento (art. 20, legge n. 646/1982 ed art. 3, legge n. 936/1982) per quanto riguarda le prime iscrizioni, l'organo deliberante competente (comitato centrale e comitati regionali) deve assumere un provvedimento esplicito di diniego, ogni qual volta l'interessato si trovi in una delle situazioni illustrate.

Con riferimento alle imprese già inscritte, che chiedano una modifica di iscrizione, o nei confronti delle quali, ai sensi del quinto comma dell'art. 3 della legge n. 936/1982, la prefettura di Roma comunichi al Ministero dei Lavori Pubblici l'inizio del processo di prevenzione o l'adozione di un provvedimento definitivo, il comitato centrale deve assumere, rispettivamente:

il provvedimento di sospensione della efficacia dell'iscrizione, per tutta la durata del processo di prevenzione, compresi i termini per l'esperimento dei gravami consentiti dalla legge (art. 4 della legge n. 1423/1956);

il provvedimento di cancellazione dall'Albo nazionale dei costrutori, allorchè il provvedimento, una volta che siano stati esperiti i gravami consentiti dalla legge (art. 4 della legge n. 1423/1956), diviene definitivo.

È opportuno sottolineare che il comitato centrale deve assumere un provvedimento specifico, anche sul piano formale, altrimenti potrebbe incorrere nelle sanzioni penali previste dall'art. 20 della legge n. 646/1982.

I provvedimenti di cui sopra debbono essere adottati, nei soli casi previsti dalla legge antimafia, immediatamente; in altri termini, senza la applicazione della procedura indicata dall'art. 22 della legge n. 57/1962.

Tale procedura, come è noto, consiste nella contestazione alla impresa degli addebiti, nell'invito a presentare le sue deduzioni, nell'adozione del successivo provvedimento cautelativo o sanzionatorio da parte del comitato centrale, il quale valuta discrezionalmente le concrete circostanze dello addebito contestato all'impresa.

Nei casi previsti dalle leggi n. 646/1982 e n. 936/1982, evidentemente, le indagini avviate e concluse dalle autorità competenti, che hano poi dato inizio al processo di prevenzione, suppliscono giuridicamente alla inchiesta che, nei casi normali, viene riservata al comitato centrale nei modi sopra indicati.

Occorre, altresì, sottolineare che mentre nelle ipotesi previste dagli articoli 20 e 21 della legge n. 57/1962, il comitato centrale ha pieni poteri discrezionali nell'adozione del provvedimento, nelle ipotesi, invece, previste dalle leggi n. 646 e n. 936, il comportamento del comitato centrale è obbligato, nel senso che esso non può non adottare il provvedimento di sospensione o di cancellazione imposto dalla legge.

Nei casi indicati, non possono assumersi provvedimenti di iscrizione o di modifica di iscrizione neppure a favore del coniuge, dei figli o di altre persone conviventi con colui che è colpito da una delle misure in parola (art. 19, ultimo comma, della legge n. 646/1982).

Una volta intervenuta la decadenza dell'iscrizione, questa, per un periodo di 5 anni, non può essere nuovamente disposta e se disposta viene revocata di diritto (art. 20 della legge n. 646 che aggiunge l'art. 10-*ter* alla legge n. 575/1965).

DELIBERE ADOTTATE DAL COMITATO CENTRALE E DAI COMITATI REGIONALI IN VIGENZA DELLA LEGGE N 646/1982

L'Ispettorato generale per l'Albo nazionale dei costruttori e per i contratti non ha potuto sinora dare esecuzione alle delibere adottate dai comitati regionale e dal comitato centrale, in vigenza della legge n. 646/1982 (a partire dal 29 settembre 1982) e subordinate all'accertamento dell'assenza delle cause ostative introdotte dall'art. 23 della legge n. 646/1982.

Per le delibere di competenza dei comitati regionali, già definite nel merito, è necessaria una delibera integrativa, limitatamente all'accertamento dei requisiti di cui all'art. 2 della legge n. 936/1982, una volta che siano state raccolte presso la competente prefettura le relative notizie.

Analoga delibera integrativa sarà adottata dal comitato centrale, per gli atti di propria competenza.

Le delibere integrative e tutte le delibere che verranno adottate dovranno contenere l'espressa menzione dell'avvenuto accertamento e della riscontrata legittimità dei requisiti di carattere soggettivo, con particolare riguardo a quelli richiamati dall'art. 23 della legge n. 646/1982 e art. 3 della legge n. 936/1982.

Al fine di conseguire una puntuale attuazione alla vigente normativa in materia di lotta alla delinquenza mafiosa, le SS.LL. vorranno disporre affinchè si provveda con la massima speditezza e nei modi sopra indicati alla attività amministrativa di gestione dell'Albo nazionale dei costruttori.

Il Ministro. NICOLAZZI

(1875)

CIRCOLARE 9 marzo 1983, n. **477/U.L.**

Attuazione in materia di appalti pubblici delle nuove disposizioni in materia di lotta alla delinquenza mafiosa.

Al presidente del Consiglio superiore dei lavori pubblici
Alle Direzioni generali del Ministero dei lavori pubblici
Al segretariato generale del C.E.R.
All'Ispettorato generale per l'albo nazionale costruttori e per i contratti
Ai provveditori generali alle opere pubbliche
Al Magistrato alle acque
Al Magistrato per il Po
Alla Direzione generale dell'A.N.A.S.

e p.c.:

Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri
Al Ministero dell'Interno
Al Ministero di grazia e giustizia
Alla Cassa per il Mezzogiorno
Al Ministero della difesa - Gabinetto
Alla delegazione della Corte dei conti
Alla Ragioneria centrale

OGGETTO: Legge 13 settembre 1982, n. 646 - decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni in legge 12 ottobre 1982, n. 726 - legge 23 dicembre 1982, n. 936 - tutte recanti nuove disposizioni in materia di lotta alla delinquenza mafiosa - attuazione in materia di appalti pubblici.

I

Generalità

Con i provvedimenti legislativi indicati in oggetto il Parlamento nazionale, come è noto, ha inteso approntare una serie di misure, repressive e preventive, per rendere maggiormente efficace ed incisiva la lotta contro il fenomeno della delinquenza mafiosa e contro analoghe forme di delinquenza organizzata.

Nel quadro complessivo di tali misure, attinenti principalmente, anche se non esclusivamente, alla materia penale e a quella della prevenzione di pubblica sicurezza, acquistano particolare significato, per la cura degli interessi affidati a questa Amministrazione dei lavori pubblici, le disposizioni concernenti i pubblici appalti; quali quelle riguardanti le condizioni per la iscrizione, sospensione o decadenza dall'Albo nazionale dei costruttori (cfr. art. 23 della legge n. 646/82), quelle concernenti la concessione in appalto o in subappalto di opere riguardanti la pubblica amministrazione (cfr. art. 10-*quinquies* della legge 31 maggio 1965, n. 575, aggiunto dall'art. 20 della legge n. 646/82, come modificato dall'art. 2-*quater* del decreto-legge n. 629, legge n. 726/82), quelle più specificatamente concernenti i subappalti (cfr. art. 21 della legge n. 646/82, come modificato dall'art. 2-*quinquies* del decreto-legge n. 629, legge n. 726/82, nonchè dall'art. 4 della legge n. 936/82), nonchè, infine, quelle concernenti la custodia dei cantieri (cfr. art. 22 della legge n. 646/82).

Su tutte le citate disposizioni è opportuno sia richiamata l'attenzione dei competenti uffici operativi; così come è opportuno da parte di questo Ministero fornire le prime indicazioni interpretative, intese a superare le difficoltà che le predette disposizioni hanno gia incontrato nella loro concreta applicazione. Per quanto attiene tuttavia alle modificazioni introdotte dalla normativa in esame alla disciplina dell'Albo nazionale dei costruttori, a tanto si è già provveduto con la precedente circolare del 18 gennaio 1983 prot. n. 210/31 Gabinetto, alla quale pertanto sarà sufficiente in questa sede aver fatto richiamo a rinvio

II

Disposizioni relative agli appalti e subappalti di opere pubbliche in genere

(art. 10-*quinquies* della legge n. 575/65 sub art. 20 della legge n. 646/82,
come modificato da art. 2-*quater* del decreto-legge n. 629, legge n. 726/82; art. 10 della legge n. 575/65,
sub art. 19 della legge n. 646/82, come modificato da art. 2 della legge n. 936/82)

1. — L'art. 10-*quinquies* della legge n. 575/65, citata in rubrica, vieta l'affidamento di appalti o subappalti di opere pubbliche a favore dei soggetti sospesi o decaduti dall'iscrizione ad albi di fornitori e appaltatori pubblici, ovvero a soggetti non iscrivibili, per essere intervenuto a loro carico un provvedimento irrogativo di misura di prevenzione *ex legibus* 27 dicembre 1956, n. 1423 e 31 maggio 1965, n. 575.

Ritiene questo Ministero che la norma (al pari delle altre dette «antimafia») riguardi soltanto gli appalti di opere pubbliche. Vero è che diversi testi adottano la terminologia «opere riguardanti la pubblica amministrazione» (art. 10-*quinquies* citato; art. 21, primo comma della legge n. 646/82 come sostituito dall'art. 2-*quinquies* della legge 12 ottobre 1982, n. 726; art. 2, comma 1, della legge 23 dicembre 1982, n. 936), la quale è più ampia e potrebbe ritenersi comprensiva delle opere che, pure realizzate dallo Stato o da altro ente pubblico, non sono pubbliche per mancanza di collegamento con il soddisfacimento di un interesse pubblico dell'ente (es. costruzione di un edificio al solo fine di impiegarvi i fondi dell'ente pubblico e trarne un reddito). Tuttavia altre disposizioni collegano l'appalto o il subappalto delle opere in argomento alla decadenza dagli «albi di appaltatori di opere ... pubbliche» (art. 10, primo comma, legge n. 575/1965, come sostituito dall'art. 19 legge n. 646/1982; art. 10-*quinquies* legge n. 575/1965, aggiunto dall'art. 20 della legge n. 646/1982 e modificato dall'art. 2-*quater* della legge n. 726/1982), oppure senz'altro alle «opere pubbliche» (art. 22, primo comma, legge n. 646/1982). Combinando i due gruppi di espressioni sembra si debba inferirne che le opere di cui si occupa la normativa antimafia sono le opere pubbliche in senso tecnico.

Dovrà quindi trattarsi di opere eseguite dallo Stato o da altro ente pubblico, mentre non rientrerebbe nell'ambito delle nuove disposizioni l'opera eseguita da un privato, neanche se interessi indirettamente la p.a.. Inoltre dette opere dovranno soddisfare direttamente un interesse pubblico. Non sono quindi pubbliche le opere dirette alla costruzione e alla manutenzione di fabbricati appartenenti ad enti pubblici non territoriali che vi impiegano i propri fondi per trarne un reddito. Quei fabbricati invero costituiscono beni patrimoniali disponibili (v. Cass. 21 luglio 1981, n. 4696), mentre l'opera è pubblica solo in quanto dia origine ad un bene demaniale o patrimoniale indisponibile ovvero incida sull'uno o l'altro di tali beni. Infine, essendo connotato tipico dell'opera pubblica la sua natura immobiliare, dovranno escludersi dalla sfera di efficacia della normativa antimafia gli appalti per la costruzione di cose mobili (macchine, navi e simili).

Parimenti da escludersi sono gli appalti di servizi, vale a dire quelli che implicano soltanto la produzione di una utilità senza elaborazione di materia (es. appalti per indagini geotecniche, o aerofotogrammetiche, ecc.), atteso che le citate disposizioni sono univoche nel menzionare gli «appalti di opere».

Tornando dunque all'art. 10-*quinquies* (legge n. 575/1965, aggiunto dall'art. 20 legge n. 646/1982), la norma si applica a tutti i contratti da stipularsi dopo la sua entrata in vigore, a nulla rilevando che i relativi bandi siano stati pubblicati anteriormente e che anteriormente sia stato emesso il provvedimento di aggiudicazione. Infatti il requisito della assenza di precedenti mafiosi si configura, ad avviso di questo Ministero, come presupposto essenziale del contratto di appalto, il cui venir meno, come ne determina la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (con gli effetti di cui all'art. 1672 c.c. per la parte di opera pubblica già compiuto), così ne impedisce la stipulazione; la quale stipulazione, inoltre, per effetto dell'art. 10-*quinquies* in esame, costituirebbe delitto.

Peraltro, perchè sorga l'impedimento alla stipulazione del contratto occorre che a carico dell'aggiudicatario sia «intervenuto alcuno dei provvedimenti di cui ai precedenti articoli», cioè un provvedimento che abbia irrogato una delle misure di prevenzione di cui alle citate leggi n. 1423/1956 e n. 575/1965 (sorveglianza speciale; divieto di soggiorno; obbligo di soggiorno in un comune determinato). Non basterebbe invece, ad avviso di questo Ministero, la semplice pendenza di un procedimento preordinato a quell'irrogazione, del quale l'art. 10-*quinquies* non fa parola. Tale pendenza potrebbe invece determinare la sospensione del soggetto dall'albo nazionale dei costruttori (art. 13 n. 2*bis* della legge n. 57/1962, introdotto dall'art. 23 della legge n. 646/1982). In tale evenienza sarebbe la sospensione (disposta a norma degli artt. 20 e 22 legge n. 57/1962), non la pendenza di procedimento «antimafia», a costituire impedimento alla stipulazione del contratto di appalto.

Non si oppone a tale interpretazione l'art. 2, primo comma, della legge n. 936/1982, là dove stabilisce che «la certificazione di volta in volta occorrente circa la sussistenza o meno a carico dell'interessato di procedimenti o di provvedimenti per l'applicazione di una delle misure di prevenzione» è rilasciata dalla prefettura; tra l'altro, «ai fini della stipulazione ed approvazione dei contratti di appalto indicati nell'art. 10-*quinquies*». Trattasi infatti di norma avente schietta natura e portata procedurale, dettata esclusivamente per precisare l'autorità competente a rilasciare la certificazione e il procedimento da rispettare per conseguirla. Ma lo stabilire se a determinati effetti rilevi il provvedimento ovvero anche il procedimento «antimafia» dipende dal contenuto non già di quell'art. 2, ma degli articoli 10-*ter*, 10-*quater* e 10-*quinquies* della legge n. 575/1965, introdotti con l'art. 20 della legge n. 646/1982.

2. — L'assenza di provvedimenti irrogativi di misure di prevenzione e dei relativi procedimenti dovrà ora provarsi nei modi stabiliti dall'art. 2 della più recente legge n. 936/82, cioè tramite la Prefettura del luogo in cui si stipulerà il contratto di appalto.

La certificazione dovrà riferirsi non solo al titolare dell'impresa aggiudicataria, ma anche al coniuge, ai figli e alle altre persone secolui conviventi, quali risultano dallo stato di famiglia (v. art. 2, secondo comma, della legge n. 936/1982). Infatti se ad uno di codesti familiari sia stata irrogata una misura di prevenzione, non solo è vietata l'iscrizione all'albo del detto titolare, ma la sua iscrizione in precedenza disposta «è revocata di diritto» (v. art. 10, terzo comma, della legge n. 575/1965, come sostituito dall'art. 19 della legge n. 646/1982), cioè senza che occorra la pronunzia costitutiva del Comitato centrale per l'albo. L'applicazione della detta misura a carico del familiare impedisce così la stipulazione del contratto di appalto anche al titolare dell'impresa aggiudicataria. Di qui la necessità di richiedere la certificazione di immunità da provvedimenti «antimafia» nei confronti non solo dell'imprenditore aggiudicatario, ma anche dei suoi familiari conviventi.

Qualora si tratta di società in n.c. la certificazione dovrà essere riferita a ciascuno dei soci; se si tratti di una società in accomandita semplice, a ciascuno dei soci accomandatari; se si tratti di una società di qualsiasi altro tipo o di un consorzio, a ciascuno degli amministratori muniti di rappresentanza.

Ritiene questo Ministero che la certificazione prefettizia debba essere richiesta dall'Amministrazione committente anche per il direttore tecnico dell'impresa aggiudicataria, ancorchè esso non sia espressamente menzionato nelle leggi in esame. Invero l'applicazione di una misura di prevenzione a carico del direttore tecnico determinerebbe la cancellazione dall'albo dell'impresa, individuale o sociale, da cui egli dipende (cfr. art. 21, n. 2 e n. 2-*bis*, e secondo comma della legge n. 57/1962) e non sembra logico affidare il contratto di appalto ad impresa destinata sicuramente ad essere cancellata dall'albo (si consideri che l'art. 20, n. 2-*bis*, della legge n. 57/1962, introdotto con l'art. 23 della legge n. 646/1982, non lascia alcun margine di apprezzamento discrezionale al comitato centrale per l'Albo).

Nell'ipotesi di cui al terzo comma dell'art 10 della legge n. 575/1965, come sostituito dall'art. 19 della legge n. 646/1982 (decadenza o revoca di diritto rispetto all'iscrizione all'albo e divieto di iscrizione per il mafioso decaduto o revocato e per i suoi familiari) l'attestazione circa le intervenute decadenze o revoca è rilasciata dal prefetto «previa esibizione dello stato di famiglia e del certificato di residenza dell'interessato» (scl. dell'imprenditore già iscritto all'albo). Al riguardo si ritiene che stato di famiglia e residenza possano comprovarsi anche con le dichiarazioni sostitutive previste dalla legge 4 gennaio 1968, n. 15, art. 2.

3. — Nell'ipotesi in cui l'aggiudicazione fosse anteriore al 29 settembre 1982 (data di entrata in vigore della legge n. 646), l'eventuale procedimento o provvedimento a carico dell'aggiudicatario mafioso impedisce, ad avviso di questo Ministero, l'approvazione del contratto di appalto per motivi di legittimità (cfr. art. 107, primo comma, reg. cont. gen. Stato regio decreto n. 827/1924). Di qui la necessità di richiedere alla competente prefettura, prima di procedere all'approvazione, la certificazione prevista dall'art. 2 della legge n. 936/1982, riferita al nome non solo dell'aggiudicatario, ma anche a quello dei suoi familiari conviventi, secondo quanto si è già sopra notato.

4. — Non occorrono certificazioni (s'intende: del genere sin qui trattato) per i partecipanti alle gare diversi dall'aggiudicatario, con i quali ovviamente nessun contratto viene stipulato e che perciò versano in una situazione che non consente la configurabilità del reato previsto dall'art 10-*quinquies* della legge n. 575/65 (divieto di stipulare il contratto di appalto con soggetto mafioso, non di invitarlo a partecipare alla gara; ed è appena il caso di sottolineare la natura penale della norma e la impossibilità di integrarla mediante analogia: cfr. art. 14 disp. prel. c.c.).

5. — Si ribadisce invece la necessità di richiedere una nuova certificazione per quanto riguarda l'aggiudicatario, ove la stipulazione e l'approvazione seguano a più di tre mesi questa da quella, e la prima dell'aggiudicazione.

6. — Quanto alla consegna dei lavori effettuata sotto le riserve di legge in attesa del rilascio delle certificazioni prefettizie (art. 337, secondo comma, n. 2248/1865 allegato *F*; art. 10, quarto comma, reg. 25 maggio 1895, n. 350), questo Ministero la ritiene ammissibile e lecita, anche senza la prova dell'assenza di procedimenti e di provvedimenti irrogativi di misure di prevenzione a carico dell'aggiudicatario, innanzi tutto quando si possa invocare la scriminante generale dello stato di necessità (e quindi in presenza di un pericolo attuale di un grave danno alle persone, non semplicemente alle cose, danno non altrimenti evitabile, ecc.: cfr. art. 54 c.p.). Naturalmente se la certificazione risulterà positiva, dovrà addivenirsi alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione (cfr. sopra sub n. 1).

Ma anche fuori dell'ipotesi dello stato di necessità, che com'è noto toglie al fatto tipico penale l'estremo dell'antigiuridicità e quindi ne esclude l'illiceità anche penale, si ritiene ammissibile e penalmente lecita la consegna dei lavori in argomento.

Si consideri infatti che in materia di opere pubbliche all'aggiudicazione del contratto devono sempre seguire, di regola, la stipulazione e l'approvazione (articoli 325 e 332 della legge sui lavori pubblici; art. 4 del Cap. gen. ll.pp.). Il vincolo giuridico che sorge dall'aggiudicazione, in capo a soggetto (l'aggiudicatario) di cui non è ancora certificata la immunità da provvedimenti «antimafia», è tuttavia perfetto ma non ancora efficace. La giurisprudenza ha ripetutamente affermato che nelle more dell'approvazione e della stipulazione del contratto di appalto di opere pubbliche il privato è vincolato al negozio claudicante solo nel senso che non può recederne, non già nel senso che sia tenuto ad eseguire la propria prestazione (v. da ultimo Cass. 23 maggio 1981, n. 3383). Autorevole dottrina poi insegna che è errato considerare il contratto, prima dell'approvazione, vincolante per il privato ma non per l'Amministrazione, e insegna che invece detto contratto versa nella condizione oggettiva di pendenza, durante la quale non vi sono nè diritti nè obblighi per le parti, all'infuori di quelli propri dei negozi pendenti. Nell'un caso e nell'altro certo è comunque che prima dell'approvazione il privato non acquista posizioni di diritto soggettivo azionabili. Non sembra quindi che in tale situazione possa dirsi che l'Amministrazione abbia, «consentito la concessione in appalto» di opere pubbliche, ai sensi e per gli effetti dell'art. 10-*quinquies* della legge n. 575/1965, introdotto con l'art. 20 della legge n. 646/1982. Sembra invece che il termine «consentire» alluda a tutte quelle manifestazioni di volontà idonee a porre in essere un negozio non solo perfetto ma anche efficace. Del resto, stabilito che la certificazione prefettizia va richiesta solo al nome dell'aggiudicatario, e non solo a quello degli altri concorrenti, si dovrà pure ammettere che non è reato aggiudicare, intanto, i lavori a

persona di cui solo dopo l'aggiudicazione si richiederà quella certificazione. Senza dire che questa si richiede, per espresso dettatto normativo (v. art. 2, primo comma, della legge n. 936/1982), ai fini ... della stipulazione ed approvazione dei contratti di appalto»: dunque ai fini dell'aggiudicazione.

Tale situazione non cambia nel caso che, prima della stipulazione e dell'approvazione il Ministro o l'organo decentrato autorizzino per motivi d'urgenza la consegna dei lavori (art. 337, secondo comma, della legge sui lavori pubblici), perchè se l'approvazione manchi, il contratto si considera come mai intervenuto: quindi non può dirsi che sia stata «consentita» la concessione in appalto.

Ovviamente, ove invece si ritenga che l'approvazione debba essere concessa, dovrà previamente ottenersi la certificazione sulla mancanza di procedimenti e di provvedimenti di prevenzione a carico dell'aggiudicatario.

Discorso a parte meritano i cottimi fiduciari di cui all'art. 74 del regio decreto 25 maggio 1895, n. 350, che com'è noto non sono subordinati ad alcuna approvazione e divengono perfetti ed efficaci non appena siansi incontrate (in forma scritta) le volontà del cottimista e del competente funzionario dell'Amministrazione dei lavori pubblici. In tal caso, appunto perchè il contratto nasce efficace, l'art. 10-*quinquies* ne risulterebbe senz'altro violato, e consumato si dovrebbe dire il reato ivi descritto. Ogni cottimo fiduciario dovrà dunque essere preceduto dalla certificazione di cui all'art. 2 della legge n. 936/1983 riferita al cottimista ed ai suoi familiari conviventi.

7. — L'eventuale ritardo con cui possono giungere all'Amministrazione appaltante le ritepute certificazioni prefettizie induce a porre il problema degli effetti di tale ritardo sul decorso, nel frattempo, del termine di trenta giorni entro il quale andrebbe stipulato il contratto di appalto ovvero dovrebbe accettarsi l'offerta del cottimista (cfr. art. 4, primo e quinto comma, del cap. gen sul Ministero dei lavori pubblici approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063).

La più recente giurisprudenza ha innovativamente affermato che, decorsi trenta giorni dall'aggiudicazione senza che l'Amministrazione abbia provveduto alla stipulazione del contratto, l'aggiudicatario ha diritto di svincolarsi da ogni impegno, cioè di recedere unilateralmente dal contratto aggiudicatogli, solo notificando alla committente la relativa dichiarazione di volontà a norma dell'art. 114 del regolamento sulla cont. gen. d. St. n. 827/1924 (v. Cass. ss.uu. 16 marzo 1977, n. 1962).

Se l'Amministrazione lasci decorrere i 30 giorni perchè non le giungono i certificati prefettizi, non sembra possano dirsi impediti gli effetti del ritardo giacchè il diritto al recesso è dalla legge ricollegato al pure e semplice decorso del tempo, senza che sia dato alcun rilievo alla scusabilità o meno del ritardo medesimo. Vero è che diffusa dottrina attribuisce a quel termine carattere non essenziale nè perentorio, ma semplicemente dilatorio, desumendosene che la scadenza non impedirebbe all'Amministrazione di stipulare egualmente il contratto, nè esimerebbe l'appaltatore dall'obbligo di prestarvisi. Ma tale insegnamento appare superato dalla ricordata sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite, la cui autorità, a fini di indirizzo dell'azione amministrativa, non potrebbe in alcun modo essere disconosciuta.

Pertanto se le certificazioni giungono in ritardo e l'aggiudicatario notifichi il recesso, l'Amministrazione non ha titolo per opporvisi.

Altrettanto è a dirsi per il decorso del termine di accettazione dell'offerta del cottimista in ordine al quale è la stessa norma (quinto comma del citato art. 4) che prevede la revocabilità di tale proposta contrattuale.

III

Disposizioni relative ai subappalti ed ai cottimi in particolare

(art. 21 della legge n. 646/82, come modificato da art. 2-*quinquies* del decreto-legge n. 629, legge n. 726/82 e da art. 4 della legge n. 936/82)

1. — L'art. 21, primo comma, legge n. 646/82, citato in rubrica, nella formulazione da ultimo assunta con le disposizioni integratrici e modificatrici pure sopra indicate, configura come reato (contravvenzione) l'attività di chi, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica Amministrazione, concede, anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente. Per tale figura di reato (definibile sinteticamente come «subappalto o cottimo non autorizzato di opera pubblica») sono previste le pene dell'arresto da sei mesi ad un anno e della ammenda pari ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Concorrono necessariamente nel reato, e sono soggetti alle stesse pene, il subappaltatore e l'affidatario del cottimo. Nella stessa ipotesi (di subappalto o cottimo non autorizzato) l'Amministrazione appaltante ha facoltà di chiedere la risoluzione del contratto di appalto principale (la fattispecie si configura quindi, anche, come ipotesi di inadempimento contrattuale da parte dell'appaltatore principale).

Il secondo comma dello stesso art. 21, l'unico rimasto immutato, stabilisce che l'autorizzazione al subappalto o al cottimo è rilasciata previo accertamento dei requisiti di idoneità tecnica del subappaltatore nonchè del possesso da parte del medesimo dei requisiti soggettivi per l'iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori (disposizione ribadita dall'art. 23, ultimo comma, della stessa legge n. 646/82 per ciò che attiene al possesso dei requisiti soggettivi che l'affidamento del cottimo deve possedere).

L'idoneità tecnica potrà provarsi col certificato di iscrizione all'Albo dei costruttori o in mancanza con una dichiarazione giurata del subappaltatore circa il numero e la natura dei lavori eseguiti negli ultimi 5 anni e circa l'attrezzatura posseduta (arg. art. 18 della legge 8 agosto 1977, n. 584).

I requisiti soggettivi potranno invece dimostrarsi con questi certificati (o dichiarazioni sostitutive consentite dalla gia ricordata legge 4 gennaio 1968, n. 15): cittadinanza, certificato generale del casellario giudiziale; carichi pendenti; famiglia; residenza; il tutto riferito alle persone sopra indicate a p. 8 a seconda che si tratti di impresa individuale o sociale.

2. — Premesso ciò, è da rilevare come le disposizioni qui in esame suscitino non pochi dubbi interpretativi e non trascurabili problemi applicativi, sui quali è opportuno cercare di fare chiarezza.

A tal fine occorre innanzi tutto ricordare che il subappalto ed il cottimo sono due figure negoziali tra loro distinte. Il subappalto è un tipico contratto derivato dal preesistente contratto di appalto (e cioè un subcontratto) e postula nel subappaltatore, come per ogni appaltatore, la qualità di imprenditore commerciale.

Il cottimo (da non confondere con l'omonimo contratto di lavoro dipendente, qualificato dalla misurazione della retribuzione riferita al risultato anzichè al tempo: cfr. art. 2099 c.c.) è invece un contratto non derivato, bensì autonomo rispetto all'appalto, in quanto integra una fattispecie di lavoro autonomo (art. 2222 e seguenti del codice civile), e, come tale, esso postula che l'affidatario o cottimista non sia imprenditore commerciale (la distinzione tra cottimo e subappalto e ribadita da Cass. 28 aprile 1980, n. 2785).

3. — Occorre rammentare, ancora, che per il subappalto ed il cottimo in materia di opere pubbliche già disponevano: l'art. 339 della legge n. 2248/1865 allegato *F* sui lavori pubblici e l'art. 2 della legge 20 febbraio 1962, n. 57, istitutiva dell'albo nazionale dei costruttori. Le due citate disposizioni prevedevano, la prima, la «approvazione» (in realtà trattavasi di autorizzazione, il cui diniego si riteneva insindacabile) dell'Amministrazione appaltante perchè l'appaltatore potesse affidare ad un'altra impresa, in tutto o in parte, i lavori oggetto di appalto; la seconda l'obbligo di avvalersi di altra impresa per l'esecuzione delle opere di carattere specialistico (cfr. art. 2, e tabella allegata della legge n. 57/62 su cui infra n. 4).

Erano eccettuati dalla necessità di autorizzare, ex art. 339 della legge n. 2248/1865 cit., i soli cottimi relativi a movimenti di terra. Ed è proprio in relazione a tale secondo comma dell'art. 339 che il S.C., nella ricordata sentenza n. 2785/1980, ha precisato che dall'obbligo dell'approvazione erano esonerati soltanto i cottimi e non pure i subappalti, i quali sono contratti aventi differente natura, sia dal lato giuridico sia dal lato economico.

Ma la nuova normativa, e segnatamente l'art. 21, commi primo e secondo, della legge n. 646/82, è da ritenere abbia abrogato, per regolamentazione della intera materia (art. 15, 3ª ipotesi, disp. prel. del codice civile), sia pure limitatamente ad subappalto ed ai cottimi per movimenti di terra, il citato art. 339 della legge n. 2248/1865 allegato *F*.

Induce a codesta conclusione la formula particolarmente ampia dell'art. 21, che comprende tutti i contratti di subappalto e tutti i contratti di cottimo, introducendo una nuova disciplina che differisce nettamente da quella dell'art. 338 perchè: *a*) la violazione del divieto oggi costituisce reato (contravvenzione, non oblazionabile perchè punita anche con l'arresto, v. art. 162 del codice penale), mentre ieri costituiva solo un illecito civile (inadempimento) sanzionato con una penale avente schietta funzione risarcitoria; *b*) l'inadempimento ieri dava all'Amministrazione il diritto di risolvere il contratto di appalto e insieme di pretendere la detta penale in misura pari al ventesimo del corrispettivo d'appalto originariamente convenuto, mentre oggi, fermo il diritto alla risoluzione, al cui esercizio è naturalmente legittimata solo l'Amministrazione, non l'appaltatore nè il subappaltatore, non è prevista alcuna penale con funzione risarcitoria, ma un'ammenda pari ad un terzo, non piu, del prezzo originario dell'appalto, ma del valore complessivo dell'opera, comprese dunque la revisione, le varianti e quant'altro; *c*) ieri si escludevano dal divieto i cottimi per l'esecuzione dei movimenti di terra, oggi non si fa più distinta menzione di tali negozi, che risultano così compresi nella generale proibizione sancita dal primo comma dell'art. 21 della legge n. 646/1982, sostituito dall'art. 2-*quinquies* della legge n. 726/1982. Nulla dunque resta della precedente disciplina dettata dall'art. 339 per i subappalti e i cottimi.

Potrebbe apparire dubbio invece che la nuova norma abbia abrogato anche il ricordato art. 2, secondo comma della legge n. 57/62, nella parte in cui impone all'appaltatore di opere pubbliche, per l'esecuzione di tutta una serie di impianti e lavori speciali (meglio indicati nella tabella allegata alla stessa legge), di avvalersi di ditte iscritte all'Albo nazionale per le relative categorie. Nel vigore dell'art. 339 della legge n. 2248/1865 allegato *F* sui lavori pubblici, si riteneva che la norma (art. 2 in esame) avesse derogato, per quanto riguarda gli impianti e i lavori speciali compresi nell'appalto, al divieto di subappalto stabilito dal citato art. 339. Parimenti potrebbe oggi ritenersi che l'art. 2 deroghi al divieto di subappalto comminato dall'art 21, e che quindi i c.d. impiantisti possano farsi subappaltatori senza bisogno dell'autorizzazione.

Tanto più che l'art. 2 è norma speciale che, secondo un noto brocardo, non viene abrogata dalla legge generale posteriore, e sembra sicuro che la norma dell'art. 2 rispetto a quella dell'art 21 si qualifichi appunto come speciale. Inoltre l'impiantista, diversamente dagli altri subappaltatori, è per definizione iscritto all'albo e quindi per definizione possiede i requisiti di idoneità tecnica e soggettivi richiesti dal secondo comma dell'art. 21, mentre gli eventuali interventi di procedimento o di provvedimenti di prevenzione verrebbero segnalati dal Comitato centrale per l'albo.

Ma si tratta di argomenti solo apparentemente fondati. Quando la legge posteriore regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore, tutta la vecchia normativa viene travolta, comprese le norme speciali, perchè quell'intero

regolamento rileva l'intento legislativo di superare ogni diversa disciplina, anche parziale, esistente. Nella specie il legislatore, nel quadro di una massiccia lotta contro la delinquenza organizzata, ha inteso che tutti i subappalti e i cottimi venissero controllati dalla stazione appaltante, e non solo e non tanto sotto il profilo dell'idoneità tecnica, della capacità finanziaria, dell'attrezzatura ecc. del subappaltatore, quanto alla sua immunità da procedimenti e da provvedimenti mafiosi. Ed essendo tutti i subappalti soggetti senza eccezione a detto controllo, vi rientrano fatalmente anche quelli degli impiantisti. Diversamente dovrebbe dirsi che mentre l'appaltatore iscritto all'albo deve, nonostante l'iscrizione, documentare al momento della stipulazione dell'appalto di non essere mafioso (tramite il certificato del prefetto, a norma dell'art. 2, della legge n. 936/1982), il subappaltatore impiantista potrebbe invece stipulare il subappalto senza fornire documentazione siffatta. Del quale differente trattamento non si saprebbe davvero come offrire una ragionevole spiegazione.

4. — Il disposto dell'art. 2, secondo comma della legge n. 575/62, e relativa tabella, impone poi di verificare se il divieto di subappalto e di affidamento a cottimo senza autorizzazione dell'Amministrazione appaltante riguardi proprio tutte le categorie di opere e di impianti di carattere speciale ivi elencati (ciò in relazione al fatto che la disposizione di cui all'articolo 21, primo comma, della legge n. 646/82 parla di concessione in subappalto o a cottimo, in tutto in parte, dell'opera appaltata). Ad avviso di questo Ministero, fermo restando che per tutte le categorie di lavori contemplate dalla citata tabella, nonchè per i movimenti di terra ex art. 339, comma 2, della legge n. 2248 allegato*F*/1865, sussiste in linea di massima la possibilità per le stazioni appaltanti di assentire le autorizzazioni, qualora beninteso nel subappaltatore o nel cottimista ricorrano tutti i requisiti richiesti (di idoneità e morale), e ciò corrisponda all'interesse dell'Amministrazione (sul punto v. ancora infra sub n. 9), non può negarsi che almeno in talune delle ipotesi di lavori o di impianti speciali di cui alla tabella allegata alla legge n. 57/62, debba escludersi la natura di affidamento in subappalto e quindi la sussistenza stessa degli estremi della fattispecie criminosa in esame. Ciò sembra potersi dire in particolare nei casi (di cui alla categoria V) di impianti tecnologici e lavori speciali per l'edilizia, soprattutto allorchè si tratti di fornitura in opera e di installazione di manufatti vari (lettera *f*), di marmi e altri materiali lapidei, di vetri e applicazioni vetraie in genere; ma lo è ancora per lavori compresi in altre categorie (di nuovo, a titolo di esempio, installazioni di cartelli segnaletici e di sicurezza stradale, di cui alla categoria VII; ed ancora: impianti per la sicurezza del traffico ferroviario, di cui alla categoria IX, lettera *c*) e simili. Sembra in altri termini che in queste e altre simili ipotesi non ricorrano gli estremi del contratto di appalto (il subappalto ed il cottimo sono anche essi, come si è detto, niente altro che specie di lavoro autonomo, di cui la prima è caratterizzata dalla presenza di una impresa), bensì quelli del contratto di fornitura (quando non addirittura quelli della compravendita di *genus*), per la prevalenza della materia sul lavoro, che le parti ravvisano come il mezzo ulteriore per la posa in opera o la trasformazione della materia ed il conseguimento della cosa. Di conseguenza non si realizzano le ipotesi alle quali la norma - che è penale, e quindi di stretta interpretazione - subordina la necessità dell'autorizzazione della stazione appaltante, e non tornano applicabili le sanzioni dianzi ricordate

5. — Quanto ora detto non è che un aspetto, importante ma ancora parziale, del problema più generale relativo alla individuazione dei negozi giuridici, tipici e non, che restano esclusi dalla sfera di operatività dell'art. 21 della legge n. 64/82 e successive modifiche. Va qui in proposito chiarito che nell'ambito di detta disposizione ricadono unicamente i subappalti e i cottimi: non i contratti di fornitura semplice, nè quelli di fornitura e posa in opera; non i c.d. noleggi a freddo (locazioni di cose mobili) e neppure i c.d. noleggi di mezzi e attrezzature a caldo (cioè in una con l'operatore di macchina), i quali vengono solitamente configurati o come forme particolari di «locatio rei» o, più spesso, come contratti innominati, misti di prestazioni reali e personali, in ogni caso ben distinti dall'appalto e, quindi, dal subappalto

Per quanto attiene in particolare ai contratti di fornitura è posa in opera, va osservato che questi sono caratterizzati, rispetto all'appalto, non solo dalla prevalenza della materia sulla attività lavorativa, ma anche dal fatto che nell'appalto il bene viene in evidenza ed ha interesse per il committente in quanto realizzato per intero dall'appaltatore; mentre nella fornitura il bene rientra nel ciclo produttivo e commerciale del fornitore il quale aggiunge - e neppur sempre - alla prestazione tipica del venditore una attività (la posa in opera), che solo lui è in grado di realizzare o solo lui vuole realizzare, sia per il possesso di specifiche attrezzature, sia per garantire la tutela di segreti o di privative industriali, sia per evitare danneggiamenti alle attrezzature medesime e per simili altre ragioni.

Data, pertanto, come già si è ripetutamente rilevato, la natura penale della disposizione *de qua*, non appare possibile (ex art. 14 disp. prel. c.c.) estenderne la operatività al di là dello stretto ambito della figura dell'appalto di opera, quale definita dell'art. 1655 del codice civile.

6. — La disposizione in rubrica assoggetta alle sanzioni penali l'affidamento (non autorizzato) in subappalto o a cottimo di «opere riguardanti la pubblica amministrazione». Non è chiaro se con la definizione così ampia di «pubblica amministrazione» il legislatore abbia voluto ricomprendere tutti indistintamente gli Enti pubblici, ivi compresi quelli pubblici economici. L'avviso di questo Ministero al riguardo, considerata la «ratio» della legge antimafia, è nel senso di ricomprendere tra i destinatari della norma gli enti economici, che sono pur essi enti pubblici, limitatamente ai casi in cui costruiscono opere pubbliche con l'osservanza della normativa propria dei lavori pubblici (si pensi ad una banca di diritto pubblico che si costruisce la sede).

7. — Mentre, come si è accennato (v. sopra sub 6), per «autorità competente» al rilascio dell'autorizzazione sembra non possa intendersi altri che l'Amministrazione-stazione appaltante (col che dovrebbero venire meno, almeno nei casi ordinari, le perplessità suscitate dalla estrema genericità del disposto legislativo), poco chiaro è se nel caso di concessione (si intende: di sola costruzione di opera), l'autorità competente sia da ravvisare nel concedente ovvero nel concessionario. Il quesito non è di poco momento, anche perchè una sua soluzione nel primo senso (concedente) implicherebbe che ogni rapporto di appalto tra concessionario e terzi appaltatori verrebbe a ricadere, ove non autorizzato dal concedente, nel divieto di subappalto e relative sanzioni penali di cui alla rubricata norma.

L'eccessività di tale conseguenza, in una con la già rammentata natura penale della disposizione e con il fatto che l'art. 1, comma 2, della legge 8 agosto 1977, n. 584 ha equiparato la concessione di sola costruzione all'appalto soltanto «ai fini dell'applicazione della presente legge» (cioè ai soli fini delle procedure di aggiudicazione regolate dalla citata legge n. 584/77), inducono questo Ministero a preferire senz'altro la seconda soluzione. Cioè a ritenere che, nel caso di concessione di costruzione, tutto ciò che si riferisce alla «competente autorità» debba intendersi riferito solo al concessionario; il quale pertanto non incorre nel reato se dà in appalto, in tutto o in parte, l'opera concessa ed è il soggetto al quale l'appaltatore in concreto dell'opera pubblica dovrà rivolgersi, in via esclusiva, per ottenere l'eventuale autorizzazione a subappaltare o ad affidare in cottimo, in tutto o in parte, l'opera di realizzare (onde non incorrere, egli, nel reato di cui trattasi).

Ritiene questo Ministero che tale conclusione valga sia quando la concessione venga affidata ad un ente pubblico, sia quando venga affidata ad un soggeto privato, senza che alla seconda ipotesi sia di ostacolo la dizione (adottata dal primo comma dell'art. 21, mod. dall'art. 2-*quinquies* della legge n. 726/1982) «autorizzazione dell'autorità competente». Invero tale termine è improprio anche con riguardo ad un concessionario che sia ente pubblico, atteso che nelle concessioni amministrative, quando vengono affidate ad un ente pubblico, questo esercita l'attività concessa non come soggetto di autarchia, ma allo stesso titolo e nelle identiche condizioni in cui lo eserciterebbe un soggetto di diritto privato.

D'altra parte il concessionario, sia soggetto pubblico oppure privato, viene investito, tramite la sostituzione operata dal provvedimento, dell'esercizio di poteri e funzioni pubbliche che sono proprie dell'amministrazione concedente, tanto che agli effetti della legge penale è considerato pubblico ufficiale (v. art. 357, n. 2, codice penale); non è quindi tanto improprio designarlo col termine dei «autorità» che peraltro andrà inteso in senso oggettivo, riferito cioè ai poteri e alle funzioni trasferiti (scl. quanto al loro esercizio), non in senso soggettivo, vale a dire riferito alla persona del concessionario, che resta pur sempre un privato. Del resto l'autorizzazione, se non dovesse essere rilasciata dal concessionaro, dovrebbe provenire dall'Amministrazione concedente, la quale però è terzo rispetto al contratto di appalto e come tale non avrebbe alcuna veste per incidere sul suo funzionamento, accordando o denegando quell'autorizzazione rispetto alla quale solo l'appaltatore è legittimato, perchè soltanto lui può disporre del contratto e del rapporto di appalto.

Resta escluso, quindi, che ai fini dell'autorizzazione prevista dalla norma in esame ci si debba rivolgere all'Ente concedente, il quale è del tutto estraneo al rapporto di appalto principale intercorrente tra concessionario e terzo.

8. — L'art. 339 della legge n. 2248/1865 allegato *F* vietava altresì la cessione del contratto di appalto senza l'«approvazione», cioè l'autorizzazione, dell'Amministrazione appaltante. La normativa di cui all'art. 21 della legge n. 646/82 e successive integrazioni e modifiche concerne unicamente i subappalti ed i cottimi, non la cessione del contratto. La quale pertanto, se non autorizzata, rimane sottoposta al divieto, ancorchè non penalmente sanzionato, e alle sanzioni di cui alla previgente legislazione, per questa parte non abrogata nè derogata dalla nuova disciplina.

9. — Con particolare riferimento al dettato del comma secondo dell'art. 21 si pone il problema se tale disposizione abbia inteso far venire meno il potere della pubblica amministrazione - stazione appaltante di valutare l'opportunità o meno di autorizzare il subappalto o il cottimo, a seguito della richiesta dell'appaltatore principale. In altri termini occorre chiedersi se la disposizione *de qua* debba intendersi nel senso che, ove sussistano i prescritti requisiti di idoneità tecnica del subappaltatore e i requisiti soggettivi per la sua iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori, l'autorizzazione debba essere senz'altro rilasciata e non possa essere negata per altre ragioni, attinenti alla convenienza per l'Amministrazione, all'interesse pubblico e simili; ovvero se possa essere concessa, ma subordinandola a particolari condizioni e garanzie a tutela del predetto interesse pubblico.

Al riguardo questo Ministero è dell'avviso che la valutazione discrezionale sopra accennata, che si è sempre ritenuta essere propria dell'Amministrazione nell'esercizio della facoltà autorizzatoria di cui all'art. 339 della legge n. 2248/1865, non sia stata intaccata dalla nuova normativa. La portata del secondo comma pare infatti essere solo quella di imporre a carico della stazione appaltante, cui venga richiesta l'autorizzazione al subappalto, di procedere prima del rilascio della autorizzazione alla verifica degli anzidetti due requisiti (la cui mancanza è evidentemente impeditiva in assoluto della autorizzazione stessa), mentre è estranea alla norma l'idea - che per essere innovativa avrebbe dovuto risultare espressamente - di privare l'Amministrazione del potere di valutare autonomamente il proprio interesse a consentire o meno il subappalto, oppure a consentirlo a questo e non a quel subappaltatore. D'altronde in nessuna disposizione della nuova normativa si rinviene un qualsiasi appiglio che consenta di ritenere derogato per la pubblica amministrazione il

principio civilistico (art. 1656 codice civile) della subordinazione del subappalto al mero consenso del committente, a tutela del suo interesse alla conservazione dell'«intuitus personae». Naturalmente la determinazione della pubblica amministrazione, trattandosi di appalto pubblico, dovrà sempre essere ispirata all'interesse pubblico di cui è portatrice, ma questo non significa che debba esserle preclusa quella autonoma valutazione (ai fini del subappalto o del cottimo) che inserisce «naturaliter» al contratto di appalto, tra i cui presupposti logici si rinviene innegabilmente l'affidamento del committente nelle attitudini e nelle capacità dell'appaltatore.

Pertanto è da ritenere tuttora sussistente la facoltà dell'Amministrazione appaltante di negare l'autorizzazione (o di subordinarla a determinate condizioni) nell'interesse pubblico pur in presenza dei requisiti di idoneità e soggettivi richiamati dalla disposizione in esame. Tali requisiti sono cioè necessari, ma non sufficienti al conseguimento dell'autorizzazione.

Diversamente è a dirsi per i subappalti in corso alla entrata in vigore della legge n. 726/1982, per i quali occorre distinguere.

L'ultimo comma dell'art. 21 della legge n. 646/1982, come sostituito dall'art. 2-*quinquies* della legge n. 726/1982, prescrive che debba richiedersi l'autorizzazione anche per i subappalti e i cottimi che fossero in corso «alla data di entrata in vigore della presente legge», cioè, essendo stata la legge n. 726 pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* 12 ottobre 1982, al 13 ottobre 1982.

Ora tra i subappalti e i cottimi stipulati anteriormente si devono distinguere quelli che erano stati approvati o erano stati lecitamene posti in essere senza approvazione (casi dell'art. 339, secondo comma, della legge n. 2238/1865, allegato *F*; e dell'art. 2, secondo comma, della legge n. 57/1962), da quelli che invece indebitamente non avevano riportato approvazione alcuna (o perchè non richiesta, o perchè rifiutata). Per i primi la valutazione della compatibilità del subappalto o del cottimo con l'interesse pubblico servito dal contratto principale d'appalto era già stata effettuata o dall'Amministrazione (con l'approvazione) o dalla legge (articoli 339 e 2 citati). Non resta che il controllo circa l'assenza di procedimenti e provvedimenti mafiosi, e solo a questo può essere intesa l'autorizzazione ex art. 21, u.c.. Segue che, verificata quell'assenza, tale autorizzazione dovrà essere senz'altro rilasciata. Per i secondi (subappalti o cottimi per movimenti di terra non approvati) l'accennata valutazione di merito non è mai intervenuta, e quindi dovrà essere compiuta, in una alla verifica antimafia, in sede di rilascio della ridetta autorizzazione, in conformità a quanto (come si è detto) si deve praticare per i subappalti e i cottimi stipulati dopo l'entrata in vigore della legge n. 726/1982.

10. — Prima delle leggi «antimafia» è da ritenere che nessun requisito soggettivo specifico dovesse possedere il subappaltatore. In particolare non era richiesta la sua iscrizione all'albo nazionale dei costruttori. Questo infatti è sorto, sulla traccia di legislazioni straniere, al preciso scopo di impedire che gli appalti dello Stato e degli altri enti pubblici venissero affidati ad imprenditori improvvisati e incapaci. Si trattava e si tratta quindi di uno strumento di selezione e di qualificazione del contraente rispetto alla pubblica amministrazione. Esso quindi non può concernere i terzi, quali sicuramente sono i subappaltatori nei confronti dei rispettivi contratti di appalto. Ciò è confermato dalla disposizione che impone all'appaltatore non iscritto all'Albo per le categorie e i lavori speciali indicati dall'art. 2, secondo comma, della legge n. 57/1962 sull'albo dei costruttori, di «servirsi» di un subappaltatore iscritto.

Evidentemente, se i subappaltatori fossero stati soggetti all'onere dell'iscrizione, non ci sarebbe stata necessità alcuna di obbligare gli appaltatori a subappaltare categorie e lavori speciali ad imprese iscritte. Il rilievo dimostra che trattasi di disposizione eccezionale (doverosità dell'iscrizione per i subappaltatori limitatamente a certi lavori), la quale conferma la regola (non necessità dell'iscrizione) nella generalità dei casi non rientranti nella sua previsione. Anche l'art. 3, stabilendo la sufficienza del certificato d'iscrizione all'albo per l'ammissione alle gare e la stipulazione dei relativi contratti (primo comma), e facendo salva la facoltà di esclusione dalla gara prevista dall'art. 68 del reg. cont. st. n. 827/1924, conferma che l'onere di iscrizione concerne l'imprenditore che intenda stipulare il contratto con la pubblica amministrazione, onere che pertanto non può concernere gli imprenditori terzi quali indubbiamente sono i subappaltatori, che contraggono con l'appaltatore-subappaltatore, non con la pubblica amministrazione.

Su codesta disciplina ha inciso sensibilmente il secondo comma dell'art 21 della legge n. 646/1982, stabilendo che il subappaltatore non solo non deve essere stato soggetto passivo di procedimenti o di provvedimenti per misure di prevenzione «antimafia», ma deve possedere l'idoneità tecnica rispetto ai lavori subappaltatigli, e i requisiti soggettivi per la iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori. Trattasi dei requisiti d'ordine generale prescritti dall'art 13 della legge n. 57/1962 e così la cittadinanza italiana, l'assenza di precedenti penali e di carichi pendenti, il certificato di iscrizione alla camera di commercio, il certificato fiscale, il certificato di iscrizione all'associazione di categoria (v. *amplius* art. 13 cit.).

La norma, mentre conferma che il subappaltatore non ha l'onere dell'iscrizione (diversamente non si sarebbe preteso che possedesse i requisiti per iscriversi, ma si sarebbe richiamata la necessità dell'iscrizione), si applica a tutti i subappalti.

Discorso a parte però si impone per i subappalti di valore inferiore a L. 45 milioni, in ordine ai quali occorre distinguere il requisito dell'assenza di precedenti mafiosi dagli altri (idoneità tecnica e requisiti ex art. 13 della legge n. 57/1962).

Il primo deve ritenersi necessario perchè l'art. 10-*quinquies* della legge n. 646/1982 punisce con sanzione penale la autorizzazione al subappalto con soggetto che abbia avuto precedenti mafiosi indipendentemente dal valore del subcontratto.

Gli altri requisiti invece non sembrano richiesti perchè il rinvio alle condizioni necessarie per iscriversi all'albo comporta richiamo di tutte le norme che regolano tale iscrizione, ivi compresa quella (v. art. 1, primo comma, della legge n. 57/1962) della sua obbligatorietà solo per gli appalti di valore superiore a L. 45 milioni.

11. — Si richiama in particolare l'attenzione sull'ultimo comma dell'art. 21 della n. 646/1982 il quale, nella formulazione da ultimo assunta con l'art. 4 della legge n. 936/1982, dispone che, per i subappalti ed i cottimi in corso alla data del 29 settembre 1982, l'autorizzazione alla stazione appaltante deve essere richiesta entro trenta giorni dalla entrata in vigore della stessa legge n. 936 (cioè entro il 28 gennaio 1983 essendo tale legge entrata in vigore il 29 dicembre 1982: cfr. art. 6) e che la stazione appaltante (autorità competente) deve pronunciarsi entro sessanta giorni dalla ricezione della domanda.

La disposizone chiarisce, in parte, la disciplina transitoria ed elimina alcuni problemi insorti in relazione al terzo comma dell'art. 21, come sostituito dall'art. 2-*quinquies* del decreto-legge n. 629/1982, legge n. 726/1982.

Rimangono tuttavia aperti notevoli problemi teorici e pratici per quanto concerne la disciplina non transitoria; ed in particolare i problemi se esista e quale sia, nel caso, il termine concesso all'Amministrazione appaltante per pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione; ed inoltre come debba qualificarsi, se come assenso o come diniego di autorizzazione, il silenzio serbato dalla detta Amministrazione sulla richiesta (questo secondo problema si pone anche con riferimento al silenzio dopo i sessanta giorni quali previsti in via transitoria dall'art. 4 della legge n. 936/82 citata).

Quanto al primo problema l'avviso di questo Ministero è che l'Amministrazione appaltante, pur essendovi tenuta, non abbia alcun termine per pronunciarsi, positivamente o negativamente, sulla richiesta di autorizzazione, stante la assenza di una espressa previsione in tal senso e la impossibilità di applicare in via analogica l'art. 4 della legge n. 936/82, che detta una disciplina particolare per casi particolari, qelli cioè di subappalto in corso.

Questo significa che l'Amministrazione appaltante può esprimere efficacemente la propria autorizzazione o il proprio diniego in qualunque tempo dalla richiesta; ma significa anche che il perdurante silenzio equivale non a diniego, ma ad assenza di autorizzazione. Del resto la fattispecie penale di cui al primo comma dell'art. 21, come modificato dall'art 2-*quinquies* del decreto-legge n. 629/1982, legge n. 726/1982, non consente altra soluzione, essendovi prevista la punibilità del comportamento di chi dà in subappalto (o cottimo) senza l'autorizzazione; ed in questa fattispecie è sicuramente compreso colui che non ancora abbia ricevuto l'autorizzazione, ancorchè l'abbia richiesta.

In pratica ciò vuol dire che, secondo la disciplina c.d. «a regime» (primo comma art. 21), per non incorrere nel reato *de quo* l'appaltatore che intenda subappaltare i lavori non può affidare gli stessi sol che abbia richiesto l'autorizzazione (e tanto meno in assenza di ogni sua richiesta), ma deve attendere - senza termine alla stregua del *ius conditum* - che l'Amministrazione si pronunci espressamente per l'autorizzazione.

Alquanto diversa sembra essere invece la fattispecie di cui al terzo comma dell'art. 21 nella formulazione assunta sia nell'art 2-*quinquies* del decreto-legge n. 629/1982, legge n. 726/1982, sia nell'art. 4 della legge n. 936/1982. Qui, infatti, la condotta criminosa non è configurata (nè lo avrebbe potuto essere in base al principio di irretroattività delle norme incriminatrici penali art. 25, secondo comma, della Costituzione; art. 2, primo comma, del codice penale) come affidamento in subappalto (o in cottimo) senza autorizzazione, bensì come «prosecuzione del rapporto» (di subappalto o di cottimo) senza richiesta ovvero con diniego di autorizzazione. Tale diniego parrebbe doversi qui intedere come diniego espresso, onde il silenzio serbato dall'Amministrazione dopo il trascorrere dei sessanta giorni dalla richiesta non sarebbe sufficiente ancora ad integrare la fattispecie penale (semprechè, ben inteso, tempestiva richiesta dell'autorizzazione vi sia stata da parte dell'appaltatore). D'altra parte il silenzio dopo i sessanta giorni, in mancanza di un'espressa qualificazione normativa in tal senso, non può qui essere inteso come equivalente senz'altro ad assenso.

In pratica ciò vuol dire che, secondo la disciplina transitoria, il subappalto (o cottimo) può proseguire, una volta che l'appaltatore abbia richiesto l'autorizzazione entro il 28 gennaio 1983, sino a che non intervenga un provvedimento esplicito di diniego dell'autorizzazione e che solo a partire dalla conoscenza che le parti abbiano di tale provvedimento, l'eventuale ulteriore prosecuzione del rapporto integra per esse gli estremi del reato.

12. - Risulta evidente come tanto in questa quanto nella precedente ipotesi (disciplina «a regime») possa venire a determinarsi, per l'inerzia dell'Amministrazione appaltante, una situazione di incertezza circa la futura sorte del rapporto di subappalto (e dello stesso rapporto di appalto principale, soggetto anch'esso ad eventuale risoluzione: cfr. art. 21, primo comma, ultima parte); onde si raccomanda vivamente agli uffici operativi di procedere alle proprie determinazioni in merito, nonchè alle conseguenti comunicazioni, entro tempi il più possibile ristretti; e ciò nell'interesse stesso dell'Amministrazione, al quale l'incertezza di cui sopra appare comunque pregiudizievole, oltre che ovviamente per ragioni di osservanza dei principi di buona amministrazione (art. 97 della Costituzione) nonchè di doveroso riguardo per le ragioni e i diritti, delle imprese appaltatrici. Le quali, peraltro, stante l'obbligo dell'Amministrazione di comunque pronunciarsi, si ritiene possano attivare a tutela del loro interesse, nel caso di perdurante silenzio dell'Amministrazione, la procedura del silenzio-inadempimento, secondo le indicazioni dettate dalla decisione 10 marzo 1978, n. 10 dell'A.P. del Consiglio di Stato (sempre che si ritenga di configurare l'autorizzazione come un atto amministrativo, anzichè come un atto di autonomia privata, ex art. 1656 del codice civile, il qual punto è vivamente controverso, anche se rispetto all'«approvazione» del vecchio art. 339 della legge n. 2248/1865, allegato *E*, era pacifico che nel concederla la pubblica

amministrazione fosse insindacabile, e nessuna censura potesse essere pròposta nè alcun rimedio potesse essere esperito avverso le sue determinazioni su questo punto, opinione che può reggersi solo configurando il consenso al subappalto, appunto, come atto di autonomia privata).

IV

Disposizioni relative alla custodia dei cantieri
(art. 22 della legge n. 846/1982)

La rubricata norma prescrive (primo comma) che ai fini della custodia dei cantieri installati per la realizzazione di opere pubbliche ci si debba servire di persone provviste della qualifica di guardia particolare giurata, e configura (secondo comma) come reato (contravvenzione) la inosservanza di tale disposizione da parte dell'appaltatore o del direttore dei lavori.

La norma, ad avviso di questo Ministero, ha valore solo per il futuro (e cioè per gli affidamenti in custodia da dare dopo l'entrata in vigore della legge n. 646/1982) e ciò per il carattere penale della intera fattispecie (arg. articoli 25, secondo comma, della Costituzione e 2, primo comma, del codice penale).

È poi sorta diversità di vedute sul significato del termine «direttore dei lavori», sostenendosi da taluno che si è inteso incriminare non il funzionario tecnico incaricato di esplicare direttamente, nei confronti dell'appaltatore, i poteri di ingerenza e di cooperazione che spettano alla Amministrazione committente, bensì il direttore tecnico che ha il compito di dirigere i lavori per conto del'impresa appaltatrice. Tale opinione sembrava avvalorata da ciò che nel disegno di legge poi sfociato nella legge n. 936/1982 era prevista una modifica dell'art. 22 in esame consistente nel sostituire al «direttore dei lavori» il direttore tecnico dell'appaltatore.

Senonchè la modifica non è rimasta nel testo definitivo della legge, mentre occorre riconoscere che nella nostra tradizione legislativa e dottrinale il termine «direttore dei lavori» ha un significato troppo univoco e preciso (v. articoli 1, 3 e 13 del reg. 25 maggio 1895, n. 350) per poter seriamente dubitare che con esso siasi designato, come possibile autore della contravvenzione p. e p. dall'art. 22, la persona che nell'interesse del committente segue da vicino l'esecuzione dell'opera, con il potere di dare all'appaltatore istruzioni al fine di assicurare la corrispondenza dei lavori alle prescrizioni contrattuali ed alle regole dell'arte.

La responsabilità del direttore dei lavori (ove la guardiania venga affidata a persona sprovvista della qualifica di guardia giurata) si fonda, a quanto sembra, su di una *culpa in vigilando*, volta che il dovere di servirsi della guardia ridetta incombe prima che su ogni altro sull'appaltatore. Di qui la necessità che il direttore dei lavori ordini per iscritto all'appaltatore di adeguarsi, entro breve termine, al dettato dell'art. 22 e in difetto lo denunci all'autorità giudiziaria, presentando un completo rapporto (art. 2 c.p.p.).

È poi appena il caso di notare che l'art. 22 impone per la guardiania del cantiere che l'incarico venga affidato ad una guardia giurata, non impone invece che si faccia luogo alla guardiania. L'adozione di tale misura, salve diverse indicazioni del contratto di appalto, ivi compreso il relativo capitolato speciale, rientra così nell'autonomia dell'appaltatore.

In ordine infine alla qualifica di guardia particolare giurata, vanno qui richiamate le disposizioni che al riguardo detta il titolo quarto (in particolare l'art. 138) del testo unico di pubblica sicurezza approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773.

* *
*

Si raccomanda l'osservanza delle indicazioni di cui sopra e si evidenzia altresì l'opportunità che gli uffici in indirizzo segnalino con ogni tempestività a questo Ministero eventuali altre difficoltà incontrate nella applicazione della normativa in oggetto, che non possano essere superate alla stregua dei chiarimenti e degli indirizzi forniti con la presente circolare.

Il Ministro: NICOLAZZI

(1876)

ERNESTO LUPO, *direttore*
VINCENZO MARINELLI, *vice direttore*

DINO EGIDIO MARTINA, *redattore*
FRANCESCO NOCITA, *vice redattore*

(4651044/7) Roma - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato - S.